Aurl

6

SEGVNDA PARTE de la alegacion de don Gonçalo de Tauira Ossorio. En que se respõde a los fundamẽtos y discursos de la de Iuan Agudo, y Doña Ana de Ortega su muger.

87 EN El num. 1. de su alegacion pretẽde el Abogado contrario, que se le ha de dar la possession pro indiuisso a Iuan Agudo y doña Ana de Ortega su muger, ex l. fin. C. de ædict. Diui Adri. tollend.

88 Pero carece de fundamento esta pretensiõ: porque si es assi, que los bienes que quedaron, y se inuentariaron por muerte de Gonçalo de Tauira, justipreciados montan doze quentos seyscientas quarenta y vn mil dozientos y veynte y seys marauedis, memorial, num. 18. deduziendo por vna parte los juros y possessiones, de que hizo vinculo y donaciõ a Garcia Aluarez, memor. num. 3. & 4. que en estas no tienen q̃ ver los coherederos, ni pueden intentar possession, por auersele transferido desde la muerte de Gonçalo de Tauira, y por la del dicho Garcia Aluarez, en don Gonçalo su hijo primogenito, ex l. 7. tit. 4. par. 5. & l. 45. Taur. quæ non solum in vlterioribus successoribus maioratus procedit, verũ etiam in primo nominato, ad tradita per Ant. Gom. in d. l. n. 117. Anenda. glos. 3. num. 3. & 4. Mier. 1. part. q. 24. num. 4. & 5. Matien. in l. 8. glos. 5. num. 8. tit. 7. lib. 5. recopil. Y por otra la deuda del Comendador del Cañaueral, para cuya paga aun no ay bienes con todos los inuentariados; y si no quedan de Gonçalo de Tauira, en vano se pretende la possession dellos, pues para darla, es necessario que aya dexado bienes propios el testador. *Mittatur* (dize el texto in l. fin. C. de ędict. diu. Adrian. tollend) *quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris morti tempore fuerunt,* &c.

Aluar. Valaſ.c.4.per tot.de partit.no ſolo no prueua el intẽto de la parte cõtraria: pero es muy en fauor deſta, inquit enim n.1. *Neq; poterũt alij fratres, ſeu cohæredes poſtulare, vt mittantur etiam in poſſeſsionem prædictorum bonorum, quia volunt in ſimul poſsidere, cum illo fratre, vel ſorore, quæ reperta eſt in poſſeſsione bonorum, tempore mortis defuncti, &c.* Eſtas palabras ſon muy a nueſtro propoſito, reſpeto de que por muerte de Gonçalo de Tauira, quedò ſolo en la poſſeſsion de ſus bienes Garcia Aluarez, a quien le pertenecieron como a ſu primogenito; aſsi los del Comendador, como los contenidos en la donacion que ſus padres le hizieron.

89 ¶ En la primera parte del tercero articulo, deſde el num.9.haſta el 36.de ſu alegacion, trata el Abogado cõtrario de fundar, que con la donacion del tercio y quinto quiſo compenſar Gonçalo de Tauira la deuda del Comendador. Y para eſte intento en primero lugar pondera tres textos, que ſi bien (dize) ſon ſelectos, la verdad es, que ninguno es a propoſito.

90 ¶ El primero es, la ley Mæuius 68.ff.de leg.2.donde parece, q̃ Caio legò vn fundo baxo de cierta cõdicion a Titio y Seio, y dexò por heredero a Sempronio: el qual deſpues en ſu teſtamento, con la miſma cõdicion dexò el miſmo fundo a Titio, a quien era deudor de la mitad. Dudòſe, ſi cumplida la condicion, ex vtroque teſtamento ſe le auia de dar ſola la mitad del fundo a Titio, o todo. Y reſponde el Conſulto, que ſe le deuia todo el fundo; ex primò la mitad, y la otra ex ſecundò, his ſanè verbis: *Nam incredibile videtur, id egiſſe hæredem, vt eadem portio, bis eidem debeatur, ſed veriſimile eſt de altera parte eum cogitaſſe.* Y proſigue interpretando la regla general, y ſatisfaziendo a la tacita objeciõ que della ſe le pudiera hazer, ita ſubijciens: *Sanè conſtitutio Principis qua placuit, eidẽ ſæpè legatum corpus non onerare hæredem, ad vnum teſtamentum pertinet.* Y paſſa adelante ſuggerens aliam rationem prædictæ deciſionis: *Debitor autem non ſemper quod debet iure legat, ſed ita, ſi plus ſit, in ſpecie legati. Si enim idem ſub eadem conditionem relinquitur, quod emolumentum legati futurum eſt?*

91 ¶ Y ſiendo aſsi, que la concluſion verdadera y legitima q̃ deſte texto ſe infiere, es la q̃ ſumò Bartulo, & ibidem communiter ſcribentes, ſcilicet, *debitor partis fundi ſi creditori,*

ditori, sub eadem conditione qua debebat, legauit intelligitur aliã partem, non illam quam debebat legare.

92 ¶ El Abogado contrario, num. 14. de su alegaciõ, sin fundamento saca vna conclusion totalmente contraria y repugnante a lo literal del texto, y su formal decision, nẽpe, *que el Consulto resoluio en fauor del heredero del segundo testador, mandando que el legatario, solo lleuasse la mitad del fundo*, adulterando la verdadera inteligencia de aquellas palabras, *nam incredibile videtur*, &c. sin reparar, que demas de que decidẽ lo contrario, tal conclusion es absurda, y embuelue muchos inconuinientes, que por no diuertirnos del assunto deste papel, no se representan.

93 ¶ Et tantum abest, que este texto fauorezca el intento de aquella parte, que es indiuidual en fauor de la de don Gonçalo, la inducion y aplicacion del qual es tan clara, que no es necessario fatigar el entendimiento; ni cansar a V.m. en proponerla.

94 ¶ El segundo texto es, la l. 3. §. si debita pen. ff. de bon. libert. Este §. tiene dos partes: La vna, desde el principio del, hasta el vers. *Sed et si*: y la otra desde este versiculo al fin. ¶ En la primera parte determina el Consulto, que si el liberto le dexa en su testamento al patrõ, o toda la porciõ que le deue, o otra cantidad, es visto quererle satisfazer y compensar la deuda a que està obligado, esto es la tercera parte de sus bienes; y lo mismo seria si le hiziesse alguna donacion causa mortis. ¶ Pero en la segunda, en el vers. *Sed si non mortis causa*, &c. decide, que si no fue donacion causa mortis, sino entre viuos la que le hizo al patrono, en tal caso, si ya no es que fue en contemplacion de aquella deuda legal, no se presume que el liberto quiso hazer compensacion. ¶ Esta decision con mas claras palabras puso el mismo Vlpiano en la l. si vero 8. del mismo titulo, ibi: *Caeterum si ei viuus libertus donauerit, & ille acceperit, non idcirco erit repulsus a contra tab bon rum possessionem*, &c. Y en esta conformidad entendieron la l. 3. vers. *Sed si non mortis*, Couarr. in cap. officij, num. 9. de testam. Menoch. lib. 3. præsumpt. 142. num. 2. y otros Doctores que alegamos 1. p. nu. 47.

95 ¶ Supuesto lo qual, y que fue donacion entre viuos la que hizo Gonçalo de Tauira a su hijo Garçia Aluarez, no solo no nos es contraria la disposicion desta ley: pero

pero funda nuestra pretension, constituyendo regla fauorable, vt notabimus sup.d.n.47.

96 ¶ El tercero es la ley Lutius Titius cũ duos 126. ff.de legat.1.de que se haze mencion en el num.16.allega. cõtr.en cuyo caso se dudò, si el hermano predefuncto, que estaua obligado muriendo sin hijos (como sucedio) a restituyrle al otro hermano las ocho partes, o onças de la herencia paterna, dexandole instituydo en el dodrante, o 9. partes de la suya, fue visto satisfazer y querer compensar la deuda del fideicomisso; de suerte que al heredero estraño que quedò instituydo en el residuo, videlicet en las tres onças, no le pudiesse pedir cosa alguna por razon del dicho fideicomisso, como se colige del mismo texto, illic: *Frater decedens, fratrem suum ex dodrante fecit hæredem, quæro an fideicommisso satisfecerit?* Y responde el Consulto con estas palabras: *Marcelus respondit, id quod ex testamento Lutij Titij fratri testator debuisset pro ea parte, qua alius hæres extitisset peti posse; nisi euidenter diuersum sensisse eum probaretur, &c.* De manera, que la conclusion literal que se deduze deste texto es, que si no se prueua con euidencia, que el testador quiso hazer compẽsacion, esta no se presume. Vea V.m. supuesto esto, si su decision es a proposito.

97 ¶ Y quando sin perjuyzio de la verdad, este texto y los demas, que se ponderan por el Abogado contrario, prouaran la conclusion para que los trae; aduirtiẽdo que hablan en terminos de vltima voluntad, y los de nuestro caso son de donacion entre viuos, respeto de la qual, la disposicion de derecho es muy diuersa, vt constitutum est supra n.47.& seqq. no nos pudieran hazer contradicion.

98 ¶ En el num. 19. asienta el Abogado contrario por verdadera conclusion, la que dize ser debito necessario la obligacion de restituyr algunos bienes, o fideicomisso, respeto del heredero grauado, quia causatum fuit, ex aditione quæ principaliter non tendit ad causandum tale debitum, &c. y cita por autores della a Paulo de Castro, Anan. Crauet. Mandel. de Alb.

99 ¶ Esta conclusion es falsa, y carece de fundamento juridico, y la verdadera resolucion cerca deste punto, es la que se puso in 1.p.n.51.cum duobus seqq. y asi lo reconoce Menoch.lib.4.præsump.110.n.5.vers. *Hinc intelligimus,*

mus,& nu.6.dum inquit:*Rectè autem scripserunt Alex. in cons. 250.in fin.lib.6.Deci.in cons.425.col.pen.Neuiza.in cons.62. nu. 23.Dida.in c.officij,n.2.de testament.cum dixerunt hæredem succedentem grauato onere fidiecommissi,dici debitorem voluntarium, & ob id legatum factum fideicommissario,cui scilicet restitui debent bona, factum non censeri animo compensandi: & simili in casu idem sentit post Fulgos.Alua.Cardin.in cons.6.n.7.& 8.*

100 ¶ Y Paulo de Castro,que se alega por la conclusion contraria,cons.35.2.p.antes milita por la nuestra,ita enim subdit: *Quinto ad idem, quod in dubio non videtur relictum animo compensandi,etiam cum proprio,quando non est debitum legale,seu quod habebat causam necessariam,sed est debitum prouenienes ex contractu,vel quasi,& per consequens habet causam & originem voluntariam,licet ex postfacto sit necessitas,C.de act & obligat. l.sicut, iuncta l.creditorem,ff.de legat.2.& l.1.§.secundum, C.de rei vxoriæ act. & plenè per Doctores, in l.si cum dotem, §.si pater, ff.soluto matrim. sed hoc est huiusmodi,quia oritur ex quasi contractu,si d.fidei commissarij acceptant fideicommissum vniuersale,sicut obligatio hæredis ad legata oritur ex quasi contractu,qui celebratur in additione hæreditatis,ff.quibus ex causis in posses.eatur l.apud Iulianum, in fin ff. de action.& obligat.l.ex maleficijs,§.hæres,cum concord. & sic habet originem voluntariam:quia nemo cogitur adire, vel acceptare fideicommissum inuitus,C.de iure deliber.l nec emere,licet secus sit quando est debitum legale habens causam a principio necessariam, d. l.si cum dotem,§.si pater,ff soluto matrim.&c.*

101 ¶ Craueta en el consejo 13.n.16. que es donde se alega,no trata el punto,ni de la materia, ni tiene mas q̃ 4.num.ni en los consejos antecedentes , ni subsequentes tocò la materia.

102 ¶ Iuan de Anania,y Iacob.Mandel. ille cons.3. n.4.iste,cons.17.n.8.prueuan la conclusion contraria,pero sin texto ; y estos dos Doctores en comparacion de los que assisten por la nuestra,quos retulimus supr.nu.51. & seqq.& num. ni en numero,ni autoridad pueden hazer competencia.

103 ¶ Quanto mas,que aunque fuera cierta aquella conclusion no nos perjudica,aduirtiendo,que la distinciõ de debito necessario y voluntario, se haze para colegir el animo de compensar en lo que se dexa por vltima voluntad.Pero respeto de lo que se dona entre viuos,no es neces

ſario recurrir a eſta diſtincion: porque indiſtintamente la regla es,que no quiſo compenſar el donante,prout notaui mus n.47.

104 ¶ Mas reconociendo el Abogado contrario, q̃ las reglas y concluſiones textuales de la materia eſtan cõtra ſu intento,diſcurre deſde el n.23.ponderando 5. congeturas,para perſuadir que Gonçalo de Tauira quiſo hazer compenſacion,pero ſe excluyen facilmente.

105 ¶ La primera,ex deciſ.l.26.Tauri,que formalmente dize: *Si el padre,o la madre,en teſtamẽto,o en otra qualquier vltima voluntad,o por otro algun contrato entre viuos, hizieren alguna donacion a alguno de ſus hijos,o deſcendientes,aunque no digan que lo mejoran en el tercio,o en el quinto, ſe entienda que lo mejoran en el tercio y quinto de ſus bienes,&c.* ſi la legitima que deue el padre a ſu hijo es deuda,ex cauſa neceſſaria,prout ex l. omnimodo,§.imputari,& l.quoniam nouella,ex l.quoniam in prioribus,C.de inofficioſ.teſtam. & alijs iuribus notant DD. ſuperius adducti n.51.quia ex lege iubente ita immediatè debetur,vt abſque hominis facta præſtanda ſit.

Y ſin embargo eſta dicha ley no preſume, que la donacion que hizo el padre a ſu hijo, fue con animo de compenſar la deuda de la legitima,ſino que ſe entienda auer ſido mera liberalidad y mejora de tercio y quinto,ſin eſcrupulizar,que de ſu deciſion reſultaria inigualdad entre los hermanos,quanto mas bien ſe deue preſumir no tuuo animo de compenſar, quando la deuda prouinieſſe de cauſa voluntaria,como con nueſtro caſo.

106 ¶ Y Menochio,y los demas que el alega, lib.4. præſumpt.110.n.24.hablan en terminos de legado relicto en teſtamento,non vero donationis inter viuos celebratę.

107 ¶ Neque eſt vllius momenti,lo que trae en confirmacion deſta congetura el Abogado contrario,n 24. videlicet, que el derecho de mejorar y auentajar a vn hijo mas que a otro es odioſo tanto,que ſiempre ſe ha de entender e interpretar en fauor de la igualdad.

108 ¶ Porque ſe reſponde,que la facultad de mejorar,que al padre concede el derecho,conſiderandola dentro de los limites del tercio y quinto,ſin tocar a las legitimas de ſus hijos,ſegun la verdadera reſolució, no es odioſa,ſino fauorable,trad.D.Molin.lib.1.c.18.n.6. verſ. *Sed ne difficilis,*

difficilis, & lib. 2. cap. 1. n. 6. vers. *Ex qua*, & vers. *Idem etiam*, & ex pluribus iuribus, & DD. comprobat Angul. de meliorationibus, in rub. num. 37. & 38. que es donde le cita el Abogado contrario.

109 ¶ Lo segundo, porque auiendo dicho Gonçalo de Tauira en la primera escritura, memorial, numer. 3. y en la segunda, nu. 4. que hazia donacion y mejora a su hijo Garcia Aluarez de los bienes que en ellas asignò, no dexò lugar para que se discurriesse por conjecturas, ni para introduzir interpretaciones intelectuales en fauor de la igualdad, que todas estas cessan, quando las palabras son tan claras, de que quiso auentajar a su hijo mayor, que lo pudo hazer, ex iuribus vulgaribus, y de aqui no resulta desigualdal entre los hijos, en quanto a la legitima, porque el quitarles el tercio y quinto, para darselo a qualquiera dellos, no es prejudicarles en ella; porque el tercio y quinto no se reputa por legitima, vt aduertit D. Molina vbi supra.

110 ¶ Secunda conjectura, de qua num. 25. reijcitur. Lo primero, porque el texto, in l. Mæuius, ff. de legat. 2. no la prueua, y es violencia manifiesta el quererlo induzir en comprouacion desta conjectura. Lo segundo, ex his quæ tradidimus supra num. 57. quibus à stipulatur, Menoch. d. præsumpt. 110. num. 54. que es donde se alega.

111 ¶ La tercera, de qua num. 26. in allegat. contraria, porque en los bienes que contiene la donacion, tã solamente ay de los que dexò el Comendador, vna espada, y vn jaez, como se refiere en la misma escritura de donacion, memorial, numer. 3. y los Doctores que se alegan por esta conjectura, hablan quando por lo menos se lega por el deudor la mitad de los mismos bienes, pero no tan pequeña cantidad, que en comparacion de lo demas, ni supone ni haze parte.

112 ¶ Y no es de momento la respuesta q̃ da el Abogado contrario en el numero 27. de su alegacion, ad fin. a la quarta conjectura, ponderada por esta parte, supra numer. 65. Porque como consta del discurso del memorial, Gonçalo de Tauira tuuo otros muchos bienes, y la equiuocacion, o error que contienen sus palabras, no nos puedẽ obstar, ni causar perjuyzio.

113 ¶ La quarta conjectura, num. 28. no tiene sustancia,

tancia, y solo se funda en vn brocardico vulgar, que no cõcluye cosa al proposito: porque no es buena cõsequencia, no lo dixo por palabras expressas, luego quiso compensar non enim vidimus vsque adhuc coniecturam hanc aliquem ex DD. ponderasse. ¶ Ademas de q̃ quando se ofrecio ocasion declarò su voluntad, en la conformidad que queda aduertido, 1. part. nu. 76. con que dexò el caso ageno de duda.

124 ¶ La quinta conjectura, nu. 29. se conuence con lo que fundamos, 1. part. num. 77. & seqq.

Con lo qual parece quedan elididas bastantemente las conjecturas que se ponderan por aquella parte; pero quãdo no fuera assi, llegando a hazer equiparacion de conjecturas, hallara V. m. que las que militan por don Gonçalo, de quibus in 1. part. num. 62. & seqq. son mas en numero, mas vrgentes indiuiduales, y ajustadas al derecho, y hecho del pleyto, mas sustanciales, verosimiles, y concluyentes, y assi indubitablemente preponderan, y vencen a las de la parte contraria; porque en concurso de contrarias conjecturas, y presunciones, plures vincunt pauciores, vrgentiores, seu fortiores, debiles, & non ita fortes, speciales, generales, l. diuus, ff. de in integr. restit. & ibi notat gloss. verbo, existimari, l. non solum, ff. de ritu nuptiarum, l. qui autem, §. non simpliciter, ff. si quis omiss. caus. testament. cum similibus, Menoch. lib. 1. præsumpt. 30. nume. 1. & 2. cum alijs latè D. Castill. lib. 4. cap. 23. per totum, maximè numer. 8. 11. 12. 21. y 22.

115 ¶ Y lo que saca esto de disputa, y dexa desuanecidas todas las conjecturas contrarias, son las palabras de la peticion que referimos, num. 76. porque reduzen el caso a terminos demonstratiuos, de que no quiso hazer compensacion Gonçalo de Tauira, & in re manifesta non egemus coniecturis, l. continuus, §. cum ita, ff. de verbor. obligation. cum vulg. omnes enim cedunt veritati; & ab illa superantur, cap. quicumque 8. distinct. vbi gloss. verbo, compertum, l. in rebus 30. post principium, vers. *Non enim quod legum*, C. de de iure docio, cum similibus.

116 ¶ En el numero 30. de su alegacion, el Abogado contrario dize, que con auer pedido Garcia Aluarez despues de la muerte de su padre la mejora, aprouò el grauamen

uamen con que se la dexò en su testamento: *Esto es que no pu-*
diesse pedir los bienes del Comendador; porque auiendolo aceta-
do, aunque fuesse en parte, quedò obligado passar por to-
do lo que dexò dispuesto, ex cap. offic. de testament. cum
alijs iuribus.

117 ¶ Respondemos lo primero, que es equiuocacion
manifiesta afirmar que Garcia Aluarez aprouò el testamē
to de su padre, pidiendo la mejora; porque antes parece,
memorial, folio 7. nu. 19. que luego como murio tratò de
pedir la possession pro indiuiso de los bienes inuentaria-
dos, don Baltasar de Villalta, y la contradixo Garcia Al-
uarez, alegādo formalmēte, *que doña Ynes su hermana no era he*
redera de sus padres, porque tenia recibida toda la l gitima que le po-
dia pertenecer, y mucho mas, y que los bienes que quedaron de sus pa-
dres, eran suyos para su legitima, y mejora de tercio y quinto, que le hi-
zieron por via de mayorazgo, y para pagarle otros diez quentos de ma
rauedis, que procedieron de los bienes del Comendador su tio, q̄ queda-
ron vinculados para el.

118 ¶ Y si presentò el testamento de su padre, fue pa-
ra que constasse como eran diez quentos los que auia de-
xado el Comendador, y auiendo sido para este efeto, no pu
do obrarle contrario, l. legata in vtiliter 19. ff. de legat. 1.
ibi: *Non enim hoc egisse testatorem, vt cōfirmaret, quæ in vtilia essent,*
sed vt diem vtilibus prorrogaret, &c. Vbi communiter scriben
tes notant quod inducta ad vnum finem non possunt con-
trarium operari.

119 ¶ Lo segundo, que quando ouiera hecho algun
acto que induxera aprouacion del testamento de su padre
Garcia Aluarez, (quod nec vti quam fatemur) con este
presuponiendo (como cierto) que los bienes del Comen-
dador quedarō vinculados, no pudo prejudicar a don Gō-
çalo su hijo primogenito, ni a los demas que tienen llama-
miento, y derecho de suceder en ellos, especialmente sien-
do acto voluntario, l. peto 71. §. fratre, ff. de legat. 2. cum
similibus, D. Molin. lib. 4. cap. 9. nu. 9. in principio, Ioan.
Garcia, de nobilitat. gloss. 6. sub nume. 38. vers. 9. Para que
no auiendose cumplido la voluntad del Comendador, ca-
da vno en su tiempo pudiesse pedir, que se executasse, y cōs
tituyesse el vinculo de todos los bienes que dexò, y menos
siendo diez quentos, vt probauimus 1. p. num. no pu-

 do en

do en perjuyzio de los sucessores Garcia Aluarez contentarse con tres, que puede montar todo lo que le donò Gonçalo de Tauira por su parte.

120 ¶ Y en el numero 35. quiere fundar el Abogado de aquella parte, que sin embargo de la reserua que quedò puesta en la escritura de donacion, pudo muy bien Gonçalo de Tauira, muerta doña Ysabel de Reynoso su muger alterar y reuocar la donacion por su parte, y ponerle el grauamen que quisiesse, de la manera que si huuieran hecho ambos vn testamẽto, pudiera premuerto el vno, reuocarle el otro, allegat D. Couarr. & alios. ¶ Y dize mas, q̃ aunq̃ la fundacion fue en contrato, quedò reuocable por la reserua, como si fuera hecha en testamento, ex l. 44. Tauri, adducit Paz, & Mieres, in locis inferius referendis.

121 ¶ Respondemos, que no es buena consequencia si marido y muger hazen testamento juntos en vna escritura, y en ella ponen clausulas, de que no pueda el vno sin el otro reuocarle, sin embargo lo podra reuocar el superstite por su parte, luego si hazen donacion entre viuos con la misma clausula, podra muerto el vno, alterar y reuocar el otro; porque es grande la diferencia que ay del vn caso al otro. ¶ En el primero, respeto del q̃ sobreuiue, siempre queda reuocable, ad text. in l. falsa, §. fin. ff. de condition. & demonstration. & in l. Lutius, §. Gaio Seio, ff. ad Trebell. & in l. 33. ad fin. tit. ii. partit. 5. DD. communiter in l. licet inter priuatos, C. de pactis, & in l. patris, & filij, ff. de vulgar. & pupillar. Petrus Pech. in tractat. de testament. coniug. lib. 1. cap. 18. numer. 1. & seqq. Burgos de Paz, cons. 2. numer. 16. & seqq. ¶ Confert & illud, quod nullus potest excogitari modus quo testamentum irreuocabile fiat, notant Scribentes, in l. sancimus, C. de testament. & in l. si quis, in principio, ff. de legat. 3. l. 25. tit. 1. partit. 6. ibi: *Y por ende ningun ome non puede hazer testamento tan firme, que non lo pueda despues mudar quando quisiere, fasta el dia que muera, &c.*

122 ¶ En el segundo, si el contrato en que se hizo la donacion y mayorazgo, desde luego quedò irreuocable, muerto el vno dellos, el otro no puede alterar, mudar, ni reuocarle en todo, ni en parte, prout docet Mieres, 1. par. quęst. 23. in principio, ibi: *Primus casus est, vbicumque pater & mater tempore facti maioratus, vel post eum factum, antequam, alter*

reuocaret

reuocaret possessionem, vel scripturam tradiderunt, aut maioratum fecerunt in fauorem tertij, ob aliquam causam onerosam, secundum formam legum 17. & 44. Taurinarum: tunc enim altero mortuo, non licet alteri reuocare maioratum, vel meliorationē, nec marito, nec vxori, quia respectu vtriusque perfectus, & irreuocabilis remansit, &c.

123 ¶ Y el mismo Mieres, in eadem q.n.154. hablādo mas indiuidualmente sobre el caso, siente, que quando se pone la reserua en la forma que la de nuestro caso, muerto el vno de los coniuges, el otro no puede mudar, ni alterar el contrato, sic enim subdit: *In qua etiam animaduertēdum est, quod si Princeps, concessit licentiam marito, & vxori, faciendi maiorotum conditione adiecta, quod vnus sine altero, non posit reuocare maioratum, quæ clausula in pluribus licencijs datis, ad faciendū maioratum: si maritus & vxor virtute talis facultatis, faciant maioratum, non possunt reuocare vnus altero mortuo, licet id cautum in scriptura non sit, quia eo ipso, quod vtuntur tali facultate, videntur eam acceptare, & ad eam executionem deducere, cum omnibus suis qualitatibus & conditionibus, d. l. Caius, ff. de manumis. l.1.§.vlt. vbi Bart. ff. si famil. furt. fecis. dicatur, &c.* igitur si por solo vsar de la facultad, en que ay clausula, *que el vno sin el otro no pueda reuocar la donacion, o mayorazgo*, muerto el vno, no puede el otro alterar, mudar, ni reuocar, porque se presume quisieron hazerlo debaxo de aquella condicion: con quanto mas fundamento se podra dezir en nuestro caso, que no pudo Gonçalo de Tauira alterar, ni reuocar el vinculo y donacion, muerta doña Ysabel de Reynoso su muger, auiendo puesto clausula en ella, en que expressamente dixeron, *que no pudiesse el vno sin el otro mudar, alterar, ni reuocar.*

124 ¶ Los DD. que alega, nempe, Burgos de Paz, cons.2.n.20. Mier.d.q.23.n.2.8.9.59.& 141. hablan en terminos que el marido y la muger, en vn mismo testamento hizieron mayorazgo: y si en contrato, sin clausula, *de que el vno sin el otro no pudiesse mudar, ni reuocar*, que es el punto formal en que constituymos el auer quedado irreuocable la donacion y mejora, muerta doña Ysabel de Reynoso.

125 ¶ Con lo qual quedan mas firmes e incontrastables las dotrinas que se refieren in 1.p.n.78.& seqq.

126 ¶ Y en el n.36.& 38. asienta el Abogado contrario, que los bienes del Comendador solo valian 1.q. 460U976. marauedis, fundandose en que tiene prouado

su

ſu parte por teſtigos e inſtrumentos, el valor de los bienes que dexò.

127 ¶ Deuiendo aduertir, que en quanto a prouança de teſtigos ſolo tiene dos, que reſpondiendo a la 3. pre. memor. fol. 40. deponen del valor que en el año de 550. tenian las ouejas, cabras, yeguas, potros, cauallos y azemilas indiſtintamẽte, ſin dezir en que lugares; y el vno dellos que es Franciſco Ramirez, dize, que no ſe acuerda lo que valian eſtos ganados el año de 550. ni el que tẽdria el mueble de la caſa del Comendador.

128 ¶ Los inſtrumentos ſon dos teſtimonios de vnas particiones que ſe hizieron en la villa de Montoro, donde eſtan hechos ciertos aprecios por perſonas nombradas por las partes intereſſadas.

129 ¶ Eſta prouança no concluye, ni es de ſuſtancia, porque auia de ſer indiuidual ſobre la eſtimacion de los ganados, trigo, ceuada, y demas muebles que dexò el Comẽdador para que pudiera fundar ſu intento: pero ſiendo vaga y general, no es poſsible, porque no ſe infiere, de que valiendo aquel precio los bienes y ganados, que refieren ſus teſtigos e inſtrumentos, tuuieſſen el miſmo los que dexò el Comendador, ſupueſto que el precio y eſtimacion de vnas miſmas coſas, no era, ni ha ſido nunca vniforme, eſpecialmente en diuerſos lugares (como lo es Montoro) de Lopera donde murio; y es muy ordinario, que lo que vno vende por ſeys, otro lo venda por diez, y otros por menos de cinco; de manera que viene a propoſito el brocardico de la ley neque natales, C. de probation. *non probat hoc eſſe, quod ab hoc contingit ab eſſe*, bien pudieron valer mas, y venderſe en mayores precios los bienes del Comendador: y aſsi no ſolo no concluye per neceſſe (que era preciſo para que ſe deuiera hazer caſo della, ex l. non hoc 4. C. vnde legitimi, & ibi Bald. & omnes) pero ni preſuntiua, ni veroſimilmente.

130 ¶ A eſto ſe llega, que los dos teſtimonios eſtan redarguydos por eſta parte, y no los ha comprouado don Baltaſar, que lo deuiera hazer, para que ſe le diera algun credito, l. 115. tit. 18. p. 3. ibi: *Que el juzgador deue mandar, que aquel que mueſtra la carta en juyzio, ſi ſe quiere ayudar della, que lo auerigue prouando, &c.* Et vlterius illic: *E prouando algunas deſtas razones, deue ſer creyda la carta en juyzio, mas ſi alguna dellas no*

pudieſſe

pudiesse prouar, non deue valer, ni ser creyda en juyzio.

131 ¶ Haze grande instancia desde el nu. 41. cum 6. seqq. el Abogado contrario, en disminuyr los bienes y caudal de Gonçalo de Tauira, y en el n. 47. se vale de la declaracion que hizo en su testamento, en que dize, que las legitimas de sus hijos son doze mil ducados; sin aduertir que della antes resulta argumento, que con euidencia le conuencemos: porque si las legitimas de sus dos hijas, erã 12ʒ. ducados, la de Garcia auia de ser otros seys, que son 18ʒ. y el tercio y quinto de que le tenia hecha donacion, comunmente viene a incluyr otro tanto como montan las legitimas, y assi salen de caudal 36ʒ. ducados.

132 ¶ Y en el n. 49. se trata de fundar, que los 3. qs. y medio de marauedis, que dio el Comendador a Gonçalo de Tauira, no se han de sacar para el vinculo que fundò: porque ni consta que se los dio, y quando se los uviesse dado, fue donandoselos, y que al tiempo que dispuso, ya estauan empleados en bienes rayzes, de que no pudo disponer conforme a los estatutos de la Orden.

133 ¶ Que se los entregò el Comendador no recibe duda, como resulta de los autos del pleyto. ¶ Que no se los diesse en pura donacion, satis constat: porque esta no se presume, l. cum de indebito de probation. l. campanus, ff. de eo per libert. l. cum aurum, de solution. cum vulgatis. ¶ Maxime siẽdo en tã grãde cantidad, Bald. consl. 102. n. 3. lib. 2. Cepha. cõs. 137. n. 78. lib. 1. Frãc. Becc. consl. 52. n. 71.

134 ¶ Y a lo que se dize, de que no pudo disponer. ¶ Respondemos lo vno, que este es derecho de tercero, de que no puede oponer aquella parte, l. loci corpus, §. competit, ff. si seruit. vendicet. cum vulgatis. ¶ Lo otro, que el estatuto de la Orden no anulò el testamento, o vltima disposicion del Cauallero que testasse de bienes rayzes, sino dixo, *que incurriesse en pena de excomunion*; de que se colige, que aunque sin perjuyzio de la verdad dixessemos, que contrauino al establecimiento de su Orden el Comendador, no fue su disposicion nula: porque quando la ley prohibe simpliciter, sin anular el acto, imponiendo otra pena, no lo es el que se haze contra ella, ex allegatis per Banc. in trac. de nullit. rubr. quod & quibus modis nullitas in iudicio proponatur, n. 54. & per Cephal in cõs. 47. n. 14. & per Frãc.

Suarez in tractat. de legibus, lib. 5. cap. 28. num. 19. & per Ioann. Salas, in eodem tractat. de legib. quæst. 96. tractat. 14. disp. 6. sect. 8. num. 27. vers. *Quidam dicunt*, & per Alderan. Mascard. de generalium statut. interpretat. conclus. 9. num. 38. & 39.

135 ¶ Añade en el numero 50. y 51. que el Comendador no pudo hazer mayorazgo, por ser cosa profana, y permitirle solo su estatuto el disponer, y testar en vsos pios, mayormente respeto de los bienes, y frutos adquiridos de la encomienda, y alega al señor Molina, lib. 2. cap. 9. n. 69.

136 ¶ Lo qual se excluye con lo que queda fundado, 1. part. ex num. 24. vsque ad 29. y aunque el señor Molina sobre el punto en el vers. *Hoc autem*, entra fundando la opinion de Nauarro, per hæc verba: *Hoc autem quoad bona patrimonialia prædictorum militum clarissimum est, si verò de commendarum suarum redditibus agamus, videtur dicendum ea tanquam beneficia Ecclesiastica censenda esse, ideoque de eis non posse Commendatarium ex vltima voluntate disponere, nec etiam illa in vita, nisi in pios vsus erogare, prout de bonis Prælatorum, seu Clericorum in cap. sequenti dicemus, &c.* Mas luego in continenti se aparta, subiũgens hæc verba: *Sed verius est, quoad ius fori, validas esse, dictorum militum, seu Commendatariorum dispositiones, cum eis, siue ex regulæ suæ constitutionibus, siue antiquissima obseruatione, tam in vita, quam in morte de bonis suis, liberè disponere permissum sit, sicque obseruari solitum est, quod autem ad ius poli attinet, si Commendas horum militum tanquam Ecclesiastica beneficia censeamus (prout plures censuerunt) Nauarri sententiam libenter amplecteremur ex his, quæ infra cap. seq. de bonis Prælatorum, atque Clericorum latius dicemus; sed cum ea opinio dubia sit, de hac etiam deliberandum erit.* De manera q̃ en el fuero exterior el señor Molina tiene por validas las vltimas disposiciones, y mayorazgos que instituyen los Caualleros, y Comendadores de las Ordenes Militares, no solo quando las hazen de sus bienes patrimoniales, sino tambien quando son de bienes adquiridos de sus Encomiẽdas, y en el de la conciencia tiene por dudosa la opinion de Nauarro, y no se resuelue en seguirla.

137 ¶ En el num. 57. aduierte el Abogado de aquella parte, que auiendose de sacar el tercio y quinto de la mejora que hizieron Gonçalo de Tauira, y doña Ysabel de Reynoso a Garcia Aluarez su hijo, no ha de ser de las do-

tes

tes que dio a sus hijos el dicho Gonçalo de Tauira, ex l. 25. de Toro, hodie l. 9. tit. 6. lib. 5. recopilationis.

138 ¶ La verdadera resolucion deste punto es, que si precedio la mejora de tercio y quinto, siendo irreuocable a la constitucion de la dote, o donacion propter nuptias, trayendo estas a collacion, y particion, se deduze tambien dellas, porque la ley 25. de Toro, solo procede quando las dotes, y donaciones propter nupcias, precedieron a la mejora de tercio y quinto, y asi la entienden Tello Fernandez, ibidem num. 3. Matienç. in l. 9. gloss. 3. num. 2. tit. 6. lib. 5. recopilation. Angul. in eadem l. 9. gloss. 1. num. 2. vers. Cæterum, Aiora, de partition. 3. part. quæst. 27. n. 85. Gutierr. lib. 2. quæst. 62. nu. 1. vers. *His tamen non obstantibus.*

139 ¶ Y como consta del memorial, nume. 3. 4. & 6. la mejora y vinculo que hizieron sus padres a Garcia Aluarez Tauira, fue mucho tiempo anterior a la promessa de dote de D. Ynes Tauira. ¶ La irreuocabilidad de la dicha mejora ya queda fundada supra num. 78. & seqq. con lo qual queda desuanecida la aduertencia contraria.

140 ¶ La vltima pretension de aquella parte en el articulo 6. num. 58. & seqq. es, que se le ha de dar en propiedad el juro de 80U. marauedis, y las 40. fanegas de tierra.

141 ¶ Esta pretensiō es intempestiua; y para poderla conseguir se ha de hazer primero particion, y diuision de los bienes de Gonçalo de Tauira, ajustando lo que a cada vno de sus hijos le pertenece de legitima, y sin que preceda esta no es posible saber la que le ha de tocar a doña Ynes, y si ha de boluer el juro, o las tierras, o parte de lo vno, y de lo otro, o si se le an de dar mas bienes de los de su padre; y sobre esta contingencia no cayera bien sentencia de propiedad, mayormente que para pagar la deuda del vinculo del Comendador, y otras no menos precisas, han de boluer y restituyr el juro y tierras los herederos de doña Ynes.

142 ¶ Con lo qual parece se ha respondido a los fundamentos mas principales que se han opuesto contra la justicia de don Gonçalo, los demas omitimos, por ser de calidad que en si mismos se desuanecen, y no necessitan de satisfacion.

143 ¶ Damos fin a este papel, suplicando a V.m. se

sirua

sirua de aduertir, que el pleyto que aora se ha de determinar, tiene muy diferente estado, y meritos que quando se sentencio en vista, porque entonces viuian doña Ynes, y don Baltasar de Villalta su marido, que por auerse casado en confiança de que se le auia de entregar la dote prometida para sustentar las cargas del matrimonio; y porq̃ doña Ynes era hija de Gonçalo de Tauira, militauan por su pretension algunas razones de equidad, que por ventura dieron motiuo, y inclinaron el animo de los señores Iuezes que la pronunciaron, a moderar los diez quentos de marauedis que dexò el Comendador en seys, y para denegarle la mejora del tercio a Garcia Aluarez, las quales ya parece han cessado, porque como resulta de los autos, ambos han muerto, y han sucedido a doña Ynes, Iuan Agudo, y doña Iuana de Ortega su muger, personas totalmente estrañas, respeto del Comẽdador, y de Gonçalo de Tauira, de cuya herencia se trata, y no serà justo gouernar el caso por las mismas reglas, y conceptos que entonces se pudieron ofrecer, ni reduzir a menor cantidad los diez quentos del caudal del Comendador que dexò, para que vinculado se conseruasse con lustre, y esplendor su memoria en los descendientes de su casa y familia, ni que se deniegue el vinculo del tercio y quinto que instituyeron Gonçalo de Tauira, y su muger, porque se pudiesse conseguir mas bien el mismo intẽto, para darselo a dos personas estrañas, en quienes de todo punto queda frustrado, quæ sint dicta. Salua in omnibus grauiss. Senat. censur.

Licenc. Verdejo.

Caruajal.